



Roj: **STS 4033/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4033**

Id Cendoj: **28079110012020100614**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2020**

Nº de Recurso: **5169/2019**

Nº de Resolución: **644/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 2955/2019,**  
**STS 4033/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 644/2020**

Fecha de sentencia: 30/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5169/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5169/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 644/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 30 de noviembre de 2020.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2019, dictada en recurso de apelación 197/2019, de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 117/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de DIRECCION000 ; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. Ernesto , representado en las instancias por la procuradora Dña. Mercedes Pascual Revert, bajo la dirección letrada de D. Javier Molina Prats, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Ana Belén del Olmo Pérez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Santiago , representada por el procurador D. Sergio Ortiz Segarra, bajo la dirección letrada de D. Vicente Pineda Costa y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Dña. Santiago , representada por el procurador D. Sergio Ortiz Segarra y dirigida por el letrado D. Vicente Pineda Costa, interpuso demanda de juicio de divorcio contra D. Ernesto y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Mediante la que se decrete el divorcio del matrimonio, con la adopción de las medidas sobre patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, uso y disfrute del domicilio conyugal y ajuar familiar, alimentos de los hijos, pensión compensatoria y cargas del matrimonio, reseñadas en el hecho sexto de la demanda, aprobando el pago de *litis expensas* por importe de 2.500 euros con cargo al esposo e imponiendo a éste las costas del juicio en caso de oponerse injustificadamente a la demanda".

Y el hecho sexto, séptimo y octavo de la demanda en cuanto a medidas que se solicitan, es del tenor literal siguiente:

"En base a los hechos expuestos, postulamos el siguiente régimen de guarda y custodia, convivencia, pensión de alimentos y uso de la vivienda conyugal:

"Primero.- Patria potestad sobre los hijos y guarda y custodia.

"La patria potestad se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores.

"La guarda y custodia de los menores deberá atribuirse a la madre.

"Segundo.- Régimen de convivencia de los hijos con el padre.

"A) Régimen de convivencia ordinario y fines de semana: Los hijos estarán con su padre durante los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 19,00 horas que serán reintegrados al domicilio materno. El padre podrá comunicar y estar con sus hijos durante una tarde entre semana desde la salida del colegio hasta las 20,00 horas en que los deberá reintegrar al domicilio materno.

"B) Régimen de convivencia extraordinario. Periodos de vacaciones: como regla general los hijos compartirán con sus progenitores las vacaciones de navidad, Semana Santa y verano por mitad, con las siguientes particularidades:

"-Vacaciones de Navidad: Se dividirán en dos periodos que comprenderán, desde la finalización de las clases por vacaciones hasta el 30 de diciembre a las 20:30 horas y el segundo periodo comprenderá desde ese momento, hasta el último día de las vacaciones de Navidad a las 20:30 horas. A falta de acuerdo la madre elegirá los periodos vacacionales en los años pares y el padre en los impares.

"-Vacaciones de Semana Santa: serán disfrutadas por mitad por ambos progenitores. Comprenderán desde la finalización de las clases por vacaciones hasta el último día de las vacaciones a las 20:30 horas, momento en el cual los menores deberán ser reintegrados en el domicilio materno. A falta de acuerdo la madre elegirá los periodos vacacionales en los años pares y el padre en los impares.

"-Vacaciones estivales: comprenderán los meses de julio y agosto y los hijos alternarán periodos iguales de quince días con cada uno de sus progenitores. En caso de desacuerdo sobre el inicio de las quincenas, la madre elegirá en los años pares y el padre en los impares.

"Tercero.- Uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiar.

"El uso y disfrute de la vivienda que ha venido constituyendo el domicilio familiar sita en DIRECCION001 , C/ DIRECCION002 , n.º NUM000 y del ajuar familiar deberá ser adjudicado a mi representada y a los hijos que conviven con ella puesto que es el único inmueble del que dispone. Por su parte, como hemos acreditado

con anterioridad, el esposo posee otras viviendas, una en DIRECCION001 y otra en DIRECCION003, para establecer su residencia. El esposo deberá retirar del domicilio familiar sus bienes y enseres de uso personal.

"Cuarto.- Gastos de atención y alimentos de los hijos.

"Atendiendo a las necesidades de los hijos y a los ingresos y posibilidades económicas del esposo éste deberá pasar a mi representada una pensión de alimentos de 500 euros al mes para cada uno de los dos hijos con el fin de atender sus gastos de alimentación, ropa y demás gastos ordinarios. Además, el padre deberá hacerse cargo del importe de los gastos extraordinarios que se produzcan y que deberán ser justificados por la madre mediante la correspondiente factura proforma o presupuesto. Los gastos extraordinarios comprenderán los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, los gastos académicos de matrícula, libros y todos aquellos derivados de la actividad escolar y extraescolar de los niños y todos aquellos que sean necesarios para la atención extraordinaria de los niños.

"La pensión de alimentos postulada será ingresada mensualmente en la cuenta bancaria que la esposa designe y será revisada anualmente de conformidad con los aumentos que experimente el IPC.

"Séptimo.- Pensión compensatoria y cargas del matrimonio.

"A).- [...]

"En base a ello, interesamos que se establezca una pensión por desequilibrio económico de 1.000 euros mensuales que deberá pasar a mi representada mediante ingreso en la cuenta que por ella se designe.

"B).- Las cargas del matrimonio están representadas por la hipoteca que pesa sobre la casa del domicilio familiar sita en DIRECCION001, DIRECCION002, n° NUM000 que según consta en el Registro de la Propiedad es de 200.000 euros (doc. 6 de la demanda) y se halla constituida a favor de Barclays Bank, S.A..

"Deberá imponerse al demandado la obligación de atender las amortizaciones hipotecarias mensuales que se están devengando derivadas de la hipoteca citada.

"Octavo.- Al amparo de lo dispuesto en los arts. 1318.3 del Código Civil y 103.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil vengo a solicitar del juzgado que se establezcan *litis expensas* con cargo al esposo y a favor de mi representada en la cantidad de 2.500 euros, que se estiman necesarios para pagar los costes que se deriven del procedimiento judicial que se inicia con la demanda".

**2.-** Admitida a trámite la demanda, el demandado D. Ernesto, representado por la procuradora Dña. Mercedes Pascual Revert y bajo la dirección letrada de D. Javier Molina Prats, contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Declarando disuelto el matrimonio de los litigantes por causa de divorcio y estableciendo como medidas las contenidas en el hecho sexto del presente escrito que en este momento y lugar se dan íntegramente por reproducidas.

"Y no se efectúe imposición de costas a ninguna de las partes".

Y en el hecho sexto de la demanda, en lo que a medidas respecta, se especifica:

"Sexto.- Expuesto cuanto antecede y dejando de nuevo expresa constancia, que mi parte no se opone en absoluto a la disolución del matrimonio por causa de divorcio que solicita la actora en su demanda, es momento de mencionar las medidas que esta parte solicita habida cuenta de las circunstancias expuestas y acreditadas, y que son en su mayor parte opuestas a las peticionadas por la parte actora en el correlativo.

"1).- Por lo que respecta a la patria potestad, coincidimos con la actora, en que la misma y sobre ambos hijos menores llamados Raimundo y Remigio debe ser atribuida conjuntamente a ambos progenitores.

"2).- Por lo que respecta al régimen de convivencia de los dos hijos menores del matrimonio, llamados Raimundo y Remigio, entendemos como más beneficioso para dichos menores, sea atribuido de forma individual y en exclusiva al padre D. Ernesto, sin perjuicio de un amplio régimen de visitas de la madre para con dichos hijos; y de forma subsidiaria se establezca una guarda y custodia compartida entre ambos progenitores, es decir una distribución igualitaria del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos menores por semanas completas y alternas, produciéndose los cambios los domingos a las 20h, debiendo ser el progenitor con quien van a convivir durante la semana quien acuda a recoger a los menores a la casa del otro progenitor en la que venían residiendo los menores; dichas estancias lo son sin perjuicio de el régimen de relaciones o visitas convenidas en el apartado relativo al régimen de visitas.



"Durante las fiestas escolares de Semana Santa (entendiendo por estas tanto las propias de dicha festividad como la siguiente semana conocida como blanca o de primavera) y Navidades no deberá regir el régimen establecido en el apartado anterior, sino que durante estos períodos que comprenderán desde la salida del colegio el último día lectivo antes de estas vacaciones hasta las 20h del día anterior a su inicio, los menores permanecerán la mitad de cada uno de dichos periodos con cada uno de sus progenitores, correspondiendo al padre la primera mitad durante los años pares y la segunda durante los impares y a la madre al revés.

"Durante las vacaciones estivales de los menores y entendiendo por estas los meses de julio y agosto, deberá regir el régimen de quincenas completas y alternas produciéndose los cambios los días 1 y 16 de cada mes a las 10h, correspondiendo al padre las primeras quincenas durante los años pares y la segunda durante los impares y a la madre al revés.

"Al término de cada uno de estos periodos de vacaciones acabados de mencionar, es decir. Semana Santa-semana de primavera, Navidad y verano, los hijos convivirán con el progenitor a quien haya correspondido la primera mitad o turno de cada uno de estos periodos y hasta el inmediato domingo en que se efectuará de nuevo el cambio.

"3).- Por lo que respecta al régimen de relaciones o de visitas, entendiendo por este, el contacto, estancias, visitas y comunicaciones entre el progenitor con el que los hijos no conviven en determinado momento.

"Para el caso que se establezca un régimen de convivencia exclusivo o individual de los hijos con el padre como se solicita de forma principal, consideramos debe establecerse a favor de la madre un régimen de visitas, más amplio que el interesado por la misma en su demanda a favor de mi poderdante, y en donde los fines de semana comprendan desde el viernes a la salida del colegio hasta la entrada de los mismos el lunes, si es que así lo desea la madre.

"Si se estableciese un régimen de convivencia compartido, una visita intersemanal sin pernocta que a falta de acuerdo sería los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20h. y siempre que al progenitor al que le corresponde la visita se lo permita su trabajo, debiendo comunicar con una antelación mínima de 24h. su no asistencia.

"4).- Por lo que respecta al régimen de relación de los hijos menores con abuelos y otros parientes allegados de ambas ramas, dado que existe buena relación de cada progenitor con toda su respectiva familia, no se estima necesario establecer un régimen distinto o independiente del establecido para los progenitores, a quienes se debe imponer la obligación de fomentar y facilitar las mismas cuando los menores se encuentren en su respectiva compañía; y todo ello sin perjuicio del derecho de dicha familia extensa a las acciones que les asistan en su momento y caso.

"5).- Por lo que respecta al uso y disfrute del último domicilio conyugal, sito en DIRECCION001 DIRECCION002 num. NUM000, se atribuya a D. Ernesto junto con sus bienes muebles y enseres; subsidiariamente se atribuya a los hijos hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, debiendo ser los progenitores quienes entren a ocupar la vivienda durante los periodos en que les corresponda permanecer con sus hijos (casa nido), y subsidiariamente y solo para el caso de que se atribuyese su uso a la Sra. Santiago y habida cuenta que dicha vivienda es propiedad exclusiva y privativa de mi poderdante por construcción y pago antes de contraer matrimonio, lo sea de forma temporal por un plazo máximo de un año y con una compensación a cargo de la misma y a favor de mi poderdante por no uso y por cuantía mensual de 675.-€ mensuales al que asciende una renta por alquiler en viviendas similares y el pago de la cuota del préstamo hipotecario que la grava. A efectos probatorios se interesa la correspondiente prueba pericial judicial de negarse tal extremo.

"6).- Por lo que respecta a la pensión de alimentos a favor de los hijos menores del matrimonio, llamados Raimundo y Remigio :

"Para el supuesto que se establezca un régimen de convivencia individual o exclusivo de los hijos con el padre, debe establecerse a cargo de la madre Sra. Santiago una pensión alimenticia a favor de cada uno de los dos hijos menores por importe de ciento cincuenta euros mensuales (150.-€ mensuales por cada uno de los dos hijos), pagadera por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes y sujeta y de forma anual a los incrementos o disminuciones del IPC que publica anualmente el INE, las que serán ingresadas en la cuenta que el padre designe al efecto.

"Además Dña. Santiago, deberá abonar el 50% de todos los gastos extraordinarios correspondientes a los dos hijos.

"Para el supuesto que se establezca un régimen de convivencia compartido, cada uno de sus progenitores deberá correr con los gastos de alimentación, consumos de la casa donde se encuentren, estancia y vestido de

dichos menores mientras permanezcan en su respectiva compañía. Por lo que respecta a todos los restantes gastos tanto ordinarios como extraordinarios, serán abonados por mitades entre ambos progenitores.

"A tal efecto, los comparecientes deberán venir obligados a efectuar bimensualmente una liquidación de cuentas, concretamente el último domingo de los meses pares (cada dos meses). El resultado de la liquidación deberá ser reintegrado a favor de quien proceda y a cargo de quien resulte, al día siguiente de la liquidación; Si por cualquier causa no pudiera celebrarse la reunión para la liquidación de cuentas, podrá verificarse por escrito por cualquiera de los comparecientes, surtiendo el mismo efecto y siendo exigible en el mismo plazo.

"7).- Por lo que respecta a la pensión compensatoria a favor de la actora y a cargo de mi poderdante, entendemos no procede su concesión por plazo, ni por cuantía alguna, habida cuenta no concurren los presupuestos legales establecidos al efecto en el artículo 97 del Código Civil [...]

"Subsidiariamente y por necesidades del trámite, para el caso de que se diera lugar a pensión compensatoria a favor de la actora, resultaría improcedente se estableciera por el tiempo (indefinida) y la cuantía (1.000.-€ mensuales) que solicita la actora, habida cuenta de las circunstancias de la misma expuestas y dado que mi poderdante por otra parte únicamente tiene unos ingresos por todo concepto de 2.000.-€ mensuales.

"8).- Por lo que respecta a las cargas del matrimonio y por la que se interesa en la demanda sea mi poderdante quien abone la totalidad del préstamo hipotecario que grava el último domicilio conyugal, no procede en absoluto esta medida: [...]

"9).- Por lo que respecta a la petición de *litis expensas*, interesándose en la demanda la cantidad de 2.500 € y a cargo de mi mandante, no procede en cuantía alguna".

**3.-** El fiscal se personó y contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes interesando:

"Que tenga por personado al Ministerio Fiscal y por contestada la demanda y, en su día, dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas".

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de DIRECCION000 se dictó sentencia, con fecha 27 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimando parcialmente la demanda de divorcio formulada por el Procurador Don Sergio Ortiz Segarra en representación de Doña Santiago y Don Ernesto, representado por el Procurador Doña Mercedes Pascual Revert, debo acordar las siguientes medidas de carácter personal y patrimonial:

"1.- Patria potestad.

"En cuanto a la patria potestad, es ésta, un poder de titularidad conjunta y por tanto su titularidad y ejercicio corresponde a ambos progenitores, debiendo contar con el parecer de los dos para cualquier decisión que afecte al mismo.

"En consecuencia, se atribuye la titularidad y ejercicio de la patria potestad de los hijos menores de forma conjunta a ambos progenitores.

"2.- Régimen de convivencia y relaciones familiares, régimen de visitas.

"Se acuerda la atribución de la guarda y custodia compartida de carácter semanal a favor de ambos progenitores, con una tarde intersemanal sin pernocta a favor del progenitor con el que no convivan dicha semana, realizándose el cambio los lunes a la entrada del colegio.

"Con relación a las vacaciones de Navidad, concretamente, los menores deberán disfrutar un día de los correspondientes a Nochebuena o Navidad, Nochevieja o Año Nuevo, Noche de Reyes o día de Reyes con el progenitor al que no le corresponda el disfrute de dicha semana para que los menores puedan compartir por igual dichas festividades con ambos progenitores y sus familias extensas, eligiendo el día a disfrutar, a falta de acuerdo, el progenitor a quien no le corresponda la custodia en dicha semana, con relación a las vacaciones de Semana Santa-Fallas corresponderá a cada uno de los progenitores la mitad de cada uno de dichos períodos, y las vacaciones de verano lo serán por quincenas completas, eligiendo en caso de desacuerdo, la madre los años impares y el padre los pares .

"El día del padre los pasarán con el padre y el día de la madre con la madre aunque no les corresponda dicho fin de semana, así como los cumpleaños de los padres, y demás eventos familiares de especial importancia.



"Los progenitores deberán comunicarse fehacientemente los cambios de domicilio, número de teléfono o demás elementos que sean necesarios para mantener el contacto entre ellos.

"3.- Pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad.

"Dado que la custodia acordada es de carácter compartido para ambos progenitores, ambos padres deberán satisfacer los gastos de alimentos, vestido, habitación del período de convivencia que les corresponda, no estableciéndose por tanto pensión de alimentos a favor de los menores.

"4.- Gastos extraordinarios.

"Con relación a los gastos extraordinarios y necesarios de los hijos del matrimonio como pueden ser entre otros, los gastos de comedor del colegio (salvo que se hallen cubiertos por alguna ayuda o subvención), los ocasionados por médicos, operaciones quirúrgicas, gafas graduadas aparatos de ortodoncia, así como los causados por libros, material escolar y uniformes precisos para el desarrollo de las actividades escolares... etc. deberán ser satisfechos por mitad por los progenitores, debiendo justificarse los mismos mediante la correspondiente factura.

"Los gastos extraordinarios no necesarios de los hijos como pueden ser entre otros, las actividades extraescolares, viajes y excursiones, clases particulares, etc., deberán ser satisfechos por mitad, previa comunicación de uno a otro progenitor, y en caso de desacuerdo se sufragarán por el progenitor que los ocasione.

"5.- Uso y disfrute de la vivienda familiar.

"El uso de la vivienda se atribuye a los hijos del matrimonio, quienes deberán residir en el domicilio familiar, debiendo alternar la pernocta en el mismo los progenitores en correspondencia a la semana que les corresponda estar en compañía de los sus hijos, por tanto, con la obligación de abandonar la misma el progenitor que dicha semana no le corresponda la guarda y custodia de los menores.

"Se acuerda que ambos progenitores deban asegurar el pago de los mismos mediante la obligación de ingresar en la cuenta bancaria en la que se hallen domiciliados los referidos cargos, la cantidad que resulte de la liquidación mensual que de ellos debe realizarse, y en todo caso el importe de ciento cincuenta euros mensuales (150.-€) mensuales cada uno de ellos, y todo ello para garantizar el bienestar de los menores con relación a la vivienda en la que van a habitar y garantizar los suministros necesarios para su habitabilidad.

"6.- Régimen de relación de los hijos menores con sus abuelos y familia extensa.

"Ambos progenitores deberán favorecer las relaciones de los hijos con sus abuelos y otros parientes y allegados, aprovechando la estancia de los menores con el progenitor de la línea paterna o materna que corresponda.

"7.- Costas.

"Todo ello sin hacer declaración de costas a ninguna de las partes".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante y adherido al recurso el Ministerio Fiscal, la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, con fecha 18 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos:

"Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de representación procesal de Dña. Santiago contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 4 de DIRECCION000, en fecha 27 de diciembre de 2017, en los autos de divorcio contencioso 117/2017, que se revoca en los siguientes términos:

"-Se atribuye a la recurrente y a sus hijos el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la DIRECCION002, NUM000 de DIRECCION001, mientras los hijos residan en el mismo o sean económicamente independientes, salvo que lógicamente se lleve a cabo con anterioridad la liquidación del régimen económico correspondiente.

"-Se fija una pensión de alimentos a cargo del progenitor de 250 euros mensuales a favor de cada uno de los hijos, desde la interposición de la demanda, a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que indique la progenitora, actualizable anualmente conforme a la variación porcentual experimentada por el IPC en los doce meses inmediatamente anteriores.

"-Se fija una pensión compensatoria de 500 euros mensuales a favor de la apelante desde la fecha de la presente resolución, a satisfacer por el demandado, en los mismos términos señalados en el párrafo anterior.



"Se mantienen los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida, sin imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes.

"En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su devolución".

**TERCERO.- 1.-** D. Ernesto interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en un único motivo: Al amparo del artículo 469.1.3.º de la LEC y concretamente por infracción de los artículos 461.1 y 229 de la LEC relativas a las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando la infracción determina la nulidad del acto al disponerlo así la Ley. "Consideramos que la adhesión por parte del Ministerio Fiscal o en definitiva impugnación por dicho ministerio público de la sentencia dictada en este procedimiento, ha sido presentada fuera del plazo legal, por lo que procedía inadmitir dicho escrito, devolviendo el mismo a la parte presentadora y sin dejar copia del mismo en los autos, lo que no ha sucedido en este caso, pese a la denuncia en tiempo y forma de mi parte al respecto, resultando además que la sentencia dictada por la Sala, no solo es que aluda y admita expresamente dicho escrito en el párrafo segundo del fundamento jurídico primero de su sentencia, sino que en parte atiende y acoge a su fundamentación para revocar la sentencia dictada en primera instancia".

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Se alega la incorrecta interpretación efectuada en la sentencia objeto de este recurso del artículo 148.1 en relación con el artículo 142 y 106.1 del CC y 774.5 de la LEC y respecto de la fecha del devengo de la pensión de alimentos fijada en dicha resolución, revocando la sentencia de instancia y a su vez aumentando el importe de la fijada en las medidas provisionales.

Motivo segundo.- Se fundamenta en la infracción del artículo 97 del CC y en relación con el juicio prospectivo sobre la existencia o no de desequilibrio por parte de la esposa, al resultar la conclusión contenida en la sentencia dictada por la Audiencia, ilógica e irracional, dicho sea con todos los respetos, negando que exista tal desequilibrio tras la ruptura matrimonial y por lo tanto resultando improcedente en este caso, se establezca pensión compensatoria alguna a favor de la esposa Dña. Santiago, por importe ni plazo alguno, y ello al no concurrir los requisitos para su reconocimiento establecidos en el artículo 97 del CC.

Motivo tercero.- Se formula este segundo motivo de forma subsidiaria al anterior y para el supuesto de que el primero no tuviera favorable acogida, pues en dicho caso perdería virtualidad este segundo, y se fundamenta en la infracción del artículo 97 del CC y al entender por un lado que el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio por parte de la esposa efectuado en la sentencia recurrida al no atribuir a la esposa una capacidad de desarrollo profesional y económico como en definitiva se considera en la sentencia y no fijar plazo a la pensión compensatoria, no se ajusta a la realidad, resulta ilógica o irracional y se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 24 de junio de 2020, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitidos los recursos y evacuados los traslados conferidos, el procurador D. Sergio Ortiz Segarra, en nombre y representación de Dña. Santiago, presentó escrito de oposición a los mismos. Por su parte el Ministerio Fiscal, en base al ámbito de legitimación del art. 749 de la LEC, no informó respecto a los motivos segundo y tercero de la casación, por no afectar a los hijos menores, e informó únicamente sobre el motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo primero de casación, impugnando ambos formulando en su impugnación las alegaciones que estimó pertinentes.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 24 de noviembre de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes.**

**1.-** Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

Los presentes recursos traen causa de la demanda de divorcio promovida por la esposa en la que se solicitaba que se dictara sentencia declarando haber al divorcio de los cónyuges y el establecimiento como medidas definitivas las medidas adoptadas como provisionales en auto de medidas "coetáneas" adoptadas por el propio órgano jurisdiccional, si bien incrementando el importe de las pensiones alimenticias de 150 euros, fijado en



medidas, a la cantidad de 250 euros para cada uno de los dos hijos en común (nacidos, respectivamente, en los años 2001 y 2007).

La sentencia de primera instancia, con estimación parcial de la demanda, estableció la guarda y custodia de los hijos en común, sin establecimiento de pensión alimenticia alguna, al encargarse cada uno de los progenitores de los alimentos en sus respectivos periodos de custodia alternos, y denegando el reconocimiento de pensión compensatoria a favor de la esposa al no existir desequilibrio económico tras la ruptura.

## 2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia estimo parcialmente el recurso, al establecer una pensión alimenticia con cargo al padre por importe de 250 euros mensuales, por cada hijo, desde la interposición de la demanda, y una pensión compensatoria por importe de 500 euros sin límite temporal.

Considera la sala de apelación que, en contra de lo determinado en la sentencia de primera instancia, no consta que la Sra. Santiago tuviera actividad remunerada continuada desde el matrimonio en el año 2000, y sin que pueda decirse que se ha incorporado al mercado laboral desde la ruptura, pues los contratos en el año 2017 fueron de carácter temporal y de escasa remuneración.

Contra la citada resolución se interpone por el padre recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

## 3.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de un único motivo, por infracción de los arts. 461.1 y 229 LEC, por la extemporánea admisión del escrito de adhesión por parte del Ministerio Fiscal al recurso de apelación, solicitando que se acuerde su nulidad, acordando devolver el mismo a la parte y sin dejar copia en los autos.

## 4.- Recurso de casación.

Por su parte, el recurso de casación se funda en tres motivos:

1.º) El primero, por infracción de los arts. 148.1 CC, en relación con los arts. 142, 106.1 y 774.5 LEC, respecto de la fecha de devengo de la pensión de alimentos fijada en la resolución impugnada, revocando la sentencia de instancia y, a su vez, aumentando el importe de la fijada en medidas provisionales.

Alega el recurrente, para justificar el interés casacional, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en concreto, entre otras, de la STS 183/2018, de 4 de abril, que viene a determinar que cada resolución que establece el abono de alimentos habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de demanda, regla que tendría "excepciones" cuando se acreditara que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar la anterior doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estaría pagando dos veces.

Por todo ello, solicita la parte que se fije la pensión alimenticia por importe de 250 euros fijada en segunda instancia, tendría efectos desde la sentencia de la Audiencia Provincial. Subsidiariamente, solicita la parte, habida cuenta que ha venido abonando alimentos desde la fecha de interposición de la demanda hasta el dictado de la sentencia de primera instancia, habría que descontar las cantidades que conste probado abonadas por el recurrente.

2.º) En el segundo motivo, por infracción del art. 97 CC, al considerar fuera de lógica e irracional el juicio prospectivo determinado en la sentencia impugnada, al negar la existencia de desequilibrio económico entre las partes, lo que determinaría la improcedencia de la pensión alimenticia por la ausencia de los requisitos para su reconocimiento, por cuanto la esposa, de 41 años y buena salud, tendría cualificación profesional y habría venido trabajando desde que contrajo matrimonio hasta la actualidad.

3.º) Y el tercero, subsidiario al anterior, por infracción también del art. 97 CC, al considerar que la sentencia impugnada, también el juicio prospectivo realizado sería contrario a la lógica y la razón, por no establecer un plazo a la pensión compensatoria, que debería establecerse en un periodo de dos años.

El Ministerio Fiscal impugnó el recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo primero del recurso de casación.

## Recurso extraordinario por infracción procesal.



**SEGUNDO.-** Motivo único. Al amparo del artículo 469.1.3.º de la LEC y concretamente por infracción de los artículos 461.1 y 229 de la LEC relativas a las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando la infracción determina la nulidad del acto al disponerlo así la Ley. "Consideramos que la adhesión por parte del Ministerio Fiscal o en definitiva impugnación por dicho ministerio público de la sentencia dictada en este procedimiento, ha sido presentada fuera del plazo legal, por lo que procedía inadmitir dicho escrito, devolviendo el mismo a la parte presentadora y sin dejar copia del mismo en los autos, lo que no ha sucedido en este caso, pese a la denuncia en tiempo y forma de mi parte al respecto, resultando además que la sentencia dictada por la Sala, no solo es que aluda y admita expresamente dicho escrito en el párrafo segundo del fundamento jurídico primero de su sentencia, sino que en parte atiende y acoge a su fundamentación para revocar la sentencia dictada en primera instancia".

Se desestima el motivo.

Entiende el recurrente que se admitió extemporáneamente la adhesión al recurso de apelación del Ministerio Fiscal, y que ello debe acarrear la nulidad de las actuaciones con devolución a la Audiencia, para que retrotraiga las actuaciones al momento de la indebida admisión de la adhesión.

Esta sala debe desestimar el motivo dado que no consta la fecha en que tuvo entrada en la fiscalía el traslado por el juzgado del recurso de apelación, por lo que sin ese *dies a quo* (día inicial de cómputo), se desconoce si el fechado de la adhesión parcial en 12 de noviembre de 2018, estaba fuera de plazo.

### **Recurso de casación.**

**TERCERO.-** *Motivo primero. Se alega la incorrecta interpretación efectuada en la sentencia objeto de este recurso del artículo 148.1 en relación con el artículo 142 y 106.1 del CC y 774.5 de la LEC y respecto de la fecha del devengo de la pensión de alimentos fijada en dicha resolución, revocando la sentencia de instancia y a su vez aumentando el importe de la fijada en las medidas provisionales.*

Se estima parcialmente el motivo.

Alega el recurrente que se yerra en la sentencia de la Audiencia Provincial, cuando se fijan los alimentos desde la interposición de la demanda, entendiéndose que los efectos de la pensión solo debían desplegarse desde la fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial.

Sobre la cuestión controvertida, relativa a la aplicación de la retroactividad limitada de los alimentos determinada en el art. 148 CC, debe de destacarse la reciente sentencia de esta sala STS 86/2020, de 6 de febrero, que ha venido a determinar: "Esta Sala mantiene una doctrina constante en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiéndose que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación.

"Sin embargo, cuando la pensión se fija en la primera instancia, la pensión se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda ( art. 148 del C. Civil)".

En igual sentido la sentencia invocada por el recurrente, de 17 de enero de 2019, cuando declara que "será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación...".

Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, debemos entender que se acierta en la sentencia recurrida cuando se fijan los alimentos desde la interposición de la demanda, dado que la sentencia de la Audiencia Provincial es la primera sentencia que fija los alimentos, ya que la sentencia del juzgado no los fijaba y dejaba sin efecto los establecidos en el auto de medidas.

Sin embargo, sí debe estimarse parcialmente el motivo, en el sentido de que habrá de descontarse lo pagado en concepto de alimentos en virtud de medidas coetáneas a la interposición a la demanda, tal y como se solicita, para evitar el pago duplicado ( sentencia 600/2016, de 6 de octubre, y las que ella cita).

**CUARTO.-** *Motivo segundo. Se fundamenta en la infracción del artículo 97 del CC y en relación con el juicio prospectivo sobre la existencia o no de desequilibrio por parte de la esposa, al resultar la conclusión contenida en la sentencia dictada por la Audiencia, ilógica e irracional, dicho sea con todos los respetos, negando que exista tal desequilibrio tras la ruptura matrimonial y por lo tanto resultando improcedente en este caso, se establezca pensión compensatoria alguna a favor de la esposa Dña. Santiago, por importe ni plazo alguno, y ello al no concurrir los requisitos para su reconocimiento establecidos en el artículo 97 del CC.*

Se desestima el motivo.



En la sentencia recurrida se realiza un juicio prospectivo ponderado a la hora de determinar la existencia de desequilibrio patrimonial ( art. 97 del C. Civil).

Valoró los ingresos del ahora recurrente (100.000 euros anuales), que no diferían de los de su nuevo trabajo como autónomo y signos externos.

Por el contrario la esposa, solo había tenido trabajos esporádicos y temporales, tenía el título de graduado escolar y escasas posibilidades de promoción laboral, pero dada su edad (entonces de 41 años) no descartaba una posible modificación si se alteraban circunstancias personales o profesionales, de ambos.

**QUINTO.-** *Motivo tercero. Se formula este segundo motivo de forma subsidiaria al anterior y para el supuesto de que el primero no tuviera favorable acogida, pues en dicho caso perdería virtualidad este segundo, y se fundamenta en la infracción del artículo 97 del CC y al entender por un lado que el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio por parte de la esposa efectuado en la sentencia recurrida al no atribuir a la esposa una capacidad de desarrollo profesional y económico como en definitiva se considera en la sentencia y no fijar plazo a la pensión compensatoria, no se ajusta a la realidad, resulta ilógica o irracional y se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.*

Se desestima el motivo.

Se pretende por el recurrente que se fije, al menos, un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria.

La sentencia 153/2018, de 15 de marzo, resume la doctrina de la Sala sobre la fijación de un límite temporal en la pensión compensatoria:

"El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, Rc. 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación ( STS de 2 de junio de 2015, Rc. 507/2014). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio".

Aplicada la doctrina jurisprudencial al caso de autos, debemos declarar que procede la desestimación de este motivo del recurso de casación por interés casacional, dado que por la edad de la recurrente, ausencia de formación, duración del matrimonio, edad en la que se contrajo, dedicación a la familia, e ingresos actuales y futuros del esposo, de acuerdo con el art. 97 del Código Civil, procede establecer la pensión compensatoria con carácter indefinido, con el fin de evitar el desequilibrio que la situación de divorcio produce en la Sra. Santiago que, con su dedicación a la familia, permitió el desarrollo profesional del que fue su esposo, no apreciándose posibilidades ciertas de inserción en la vida laboral, al menos con la entidad que se requeriría, todo ello sin perjuicio de valorar, en su momento, futuras alteraciones que evidenciaran una mayor potencialidad económica de la Sra. Santiago .

**CUARTO.-** *Costas y depósito.*

1.- Desestimado el recurso de infracción procesal procede imponer las costas del mismo al recurrente ( art. 398 y 394 LEC) con pérdida del depósito constituido para este recurso.

2.- Estimado parcialmente el recurso de casación no ha lugar a imponer costas del mismo ( art. 398.2 LEC), y procede la devolución al recurrente del depósito constituido para este recurso.



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Ernesto , contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2019, de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia (apelación 197/2019).

**2.º-** Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el mismo recurrente, en el sentido de que habrá de descontarse lo pagado en concepto de alimentos en virtud de medidas coetáneas a la interposición a la demanda.

**3.º-** Se mantiene la resolución recurrida en los demás extremos.

**4.º-** Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente, con pérdida del depósito constituido para la interposición del mismo.

**5.º-** No ha lugar a imponer costas del recurso de casación y procede la devolución a la recurrente del depósito constituido para este recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.